

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Ref: Proceso verbal No. 110013103001201900255 01

Se decide el recurso de apelación que José del Carmen Laurentino Prieto Rojas interpuso contra la sentencia de 30 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de la ciudad en el proceso que promovió contra Esmeralda Arias Sepúlveda y Germán Fontecha Casas.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. El señor Prieto solicitó declarar la nulidad absoluta del contrato de promesa de permuta de inmuebles celebrado con la señora Arias y el señor Fontecha el 7 de junio de 2018, en virtud del cual se obligaron a transferirle el inmueble ubicado en la calle 72 B No. 71 D-33 de Bogotá, a cambio de los predios localizados en la carrera 71 B No. 99 A -11 de esta ciudad y en la Calle 27 No. 44 C – 162, apartamento 401, bloque 5 del Condominio Villa Codem de Villavicencio, mas \$347'000.000,oo en efectivo, por faltarle los requisitos y formalidades legales.

Por consiguiente, pidió (a) la restitución de estos últimos fondos, ya transferidos a los hoy demandados, (b) de \$220'000.000,oo que pagó, junto con la indexación respectiva, (c) ordenarles que paguen la deuda que contrajeron con la Cooperativa de empleados y exempleados de Citibank Colombia, Crediciti, para que, a su costa, levanten la hipoteca que

constituyeron sobre el último de los aludidos inmuebles, (d) así como reconocer los frutos civiles y naturales causados.

Subsidiariamente, demandó la resolución de la promesa de contrato, por causa de incumplimiento, o su rescisión por la existencia de vicios redhibitorios, en ambos casos con similares súplicas consecuenciales a las ya referidas.

2. Para sustentar sus pretensiones, manifestó que celebró con los demandados una “promesa de compraventa con permuta de bienes inmuebles” (fl. 6, cdno. 1), por la que prometieron “vender” el edificio identificado con la matrícula No. 50C-111937, ubicado en la calle 72 B No. 71 D -33 de Bogotá (cuatro pisos), por un precio de \$997’500.000,00, que pagaría de la siguiente forma: \$200’000.000,00 en efectivo, \$147.500.000,00 a través de un crédito hipotecario, y el saldo con la transferencia de los predios ubicados en la carrera 71 B No. 99 A – 11 de Bogotá y en la calle 27 No. 44 C -162 (apartamento 401, bloque 5) de Villavicencio. En el contrato se pactó una cláusula penal de \$150.000.000.

Señaló también que efectuó los pagos en efectivo los días acordados (7 de junio, 13 y 15 de julio de 2018), mientras que la transferencia de los inmuebles aludidos a sus promitentes permutantes se verificó los días 15 y 22 de junio de 2018.

Agregó que no pudo obtener el crédito hipotecario porque los demandados no levantaron la hipoteca y la afectación a vivienda familiar sobre el edificio, el cual, además, carecía de licencia de construcción. Por estas razones se firmó un “otro sí” al contrato de promesa, aplazando la fecha para pagar los \$147’500.000,00 y firmar la escritura, lo que se haría el 8 de octubre de 2018.

Adujo también que el 16 de agosto de ese año pagó la suma de \$20’000.000,00, quedando pendiente un saldo de \$127’500.000,00 que “no ha pagado por el inicial incumplimiento de los promitentes vendedores permutantes” (fl. 8, cdno. 1), quienes tampoco han entregado los pisos 3º y

4º del edificio, resaltando que los primeros dos tienen un daño gravísimo en las cañerías y desagües que producen humedades e inundaciones.

Finalmente, alegó que en la promesa no se determinó el inmueble de tal suerte que para su perfeccionamiento sólo faltara la tradición.

3. Notificados del auto admisorio, los demandados se opusieron a las pretensiones y plantearon, a manera de defensa, la temeridad y mala fe, la falta de sustentación de las pretensiones y su indebida acumulación.

Al mismo tiempo formularon demanda de mutua petición para que se declare que el señor Prieto incumplió el negocio jurídico en cuestión, se le condene a pagar el saldo del precio (\$127'500.000,00), debidamente indexada y con intereses moratorios, "para dar cumplimiento a la promesa de permuta", así como de \$150'000.000,00 correspondientes a la cláusula penal, "teniendo en cuenta el perjuicio que se nos ha generado por la falta de pago de dinero y ahora con la inscripción de la demanda...". Adicionalmente, pidieron oficiar a una notaría para que elabore la respectiva minuta de la escritura pública (fl. 20, cdno. 2).

En orden a sustentar sus pretensiones, recordaron los acuerdos del contrato de promesa, ya señalados, resaltaron que el señor Prieto les transfirió los dos inmuebles prometidos, como fue previsto -aunque el ubicado en el barrio Pontevedra "fue recibido en un estado deplorable", por un valor muy superior del que él pagó-, pero no cumplió la cita en la Notaría 70 para "recibir la escritura de su inmueble", cuyos pisos 3º y 4º se ha negado a recibir, ni ha pagado el saldo del precio, en cuantía de \$127'500.000,00 (fl. 16, cdno. 2).

4. El demandante reconvenido se opuso a las pretensiones y formuló como defensa la excepción de contrato no cumplido, pues sus pretendientes no asistieron a la notaría oportunamente (era a las 10:00 am y lo hicieron a las 10:40 am, con documentos incompletos que sólo allegaron a las 12.00 m), amén de que no han entregado dos de los cuatro pisos de la edificación, que presenta vicios ocultos (fls. 27 a 33, cdno. 2).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez negó las pretensiones de la demanda principal y accedió parcialmente a las de reconvención, por lo que condenó al señor Prieto a pagar a los demandados reconvinentes las sumas de \$127'500.000,00, como saldo del precio de la promesa, más \$15'.000.000,00 a título de pena.

Respecto de las primeras señaló que el contrato de promesa cumplía con los requisitos del artículo 1611 del Código Civil, puesto que recayó sobre un cuerpo cierto, sin que exista duda sobre su alinderamiento, ubicación y cabida. Resaltó que la licencia de construcción finalmente se obtuvo -como lo reconocieron las partes en sus respectivos interrogatorios-, y que no había prueba de sanción o multa por ausencia de ella, como tampoco de la falta de aprobación del crédito hipotecario, vinculada a ese tema o a la afectación a vivienda familiar.

Frente a las pretensiones subsidiarias, manifestó que no procedía la resolución porque los demandados han estado prestos a cumplir con la entrega de los pisos 3º y 4º del edificio, puntualizando que la hora de la constancia de la notaría da cuenta de la asistencia de los demandados reconvinentes, mas no del momento preciso en que arribaron a esa oficina, por lo que no se puede afirmar la infracción. En lo demás, recordó que en el "otrosí" se convino que la escrituración se haría el 8 de octubre de 2018, razón por la cual no podían analizarse las circunstancias del inmueble previas a esa fecha, en la que ya estaban canceladas la hipoteca y la afectación a vivienda familiar. Y sobre la rescisión, señaló que con los testimonios se probó que el inmueble no se inundaba antes de la entrega, sin que, en adición, los demandados conocieran los supuestos vicios.

Finalmente, respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención, sostuvo que se demostró que la señora Arias y el señor Fontecha no han incumplido y que, por el contrario, el demandante inicial no ha pagado el saldo del precio, por lo que debía condenársele a solventarlo, junto con la cláusula penal, que constituye la estimación de los perjuicios causados por esa falta

de pago. De allí que no procedían las súplicas de reconocimiento de intereses e indexación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El señor Prieto pidió revocar la sentencia en lo que concierne a la demanda de reconvención, porque se probó que los demandados no han entregado los pisos 3º y 4º del inmueble, acudieron tarde a la notaría en la fecha prevista, sin llevar el proyecto de escritura, los certificados de paz y salvo de valorización, impuestos prediales y el certificado de tradición del inmueble, situación que lo eximía de “cualquier incumplimiento” (pg. 4, archivo 18 del expediente digitalizado), por lo que debió prosperar la excepción que propuso, pues las obligaciones debían atenderse en forma sucesiva, destacando que el tardío levantamiento de la hipoteca y la afectación a vivienda familiar del inmueble, provocó que se negará el crédito con el que pagaría el saldo pendiente.

También reclamó por la inobservancia del Decreto 438 de 7 de diciembre de 2015, que adoptó la Unidad de Planeación Zonal de Las Ferias, junto con la Resolución 0594 de 2012, en las cuales se estableció que en ese sector la altura máxima de los inmuebles es de tres pisos.

Por último, adujo que la sentencia “no se pronunció o se pronunció de manera incompleta, con respecto a la pretensión cuarta de la demanda de reconvención, en lo que tiene que ver con la solicitud que hace la parte demandante de oficiar a una Notaría de Bogotá para que se elabore la respectiva minuta de la Escritura Pública que ha de recibir el señor Prieto Rojas” (pg. 6, archivo 18 del expediente digitalizado).

CONSIDERACIONES

1. Es necesario precisar, en forma preliminar, que la competencia de la Sala se circunscribe -exclusivamente- a las decisiones del juez relativas a la demanda de reconvención, por cuanto el señor Prieto, como único apelante,

sólo disputó esa parcela del fallo (CGP, arts. 320 y 328). Incluso manifestó, al momento de interponer el recurso, que, “en cuanto a la demanda principal (...) no tengo nada que decir, aceptó la decisión del señor juez” (min. 2:36:26). De allí que sus reparos se hubieren concretado a tales pronunciamientos.

De igual manera, como la señora Arias y el señor Fontecha no apelaron la sentencia, la Sala no puede ocuparse de pretensiones que formularon y que el juez no concedió, como la relativa a oficiar a una Notaría de Bogotá “para elaborar la respectiva minuta de la escritura pública que ha de recibir el señor Prieto Rojas” sobre el inmueble objeto de la promesa (fl. 20, cdno. 2), sin que la parte demandada en reconvención pueda apropiarse de tal súplica so pretexto de su apelación, menos aún si se considera que ninguno de los contendientes pidió la complementación del fallo en ese específico aspecto.

2. Hechas estas precisiones que, se insiste, limitan la competencia del Tribunal, es útil recordar que de la promesa de contrato surge básicamente una obligación de hacer, consistente en la celebración del contrato prometido. Luego no es posible, con soporte en ese negocio jurídico preparatorio, pedir el cumplimiento de las obligaciones que despuntarán del contrato prometido, precisamente porque no ha sido ajustado o perfeccionado.

Y si bien es cierto que las partes en los contratos de promesa suelen anticipar el cumplimiento de obligaciones futuras, como la de pagar total o parcialmente el precio, o entregar los bienes respectivos, a ello no le sigue que los prometientes permutantes puedan exigir el cumplimiento de esos deberes de prestación con fundamento en la promesa, de la que, es apenas obvio, no surge una obligación de dar, sino de hacer, siendo claro que esa anticipación de pagos o entregas no obedece a que las partes quedaron comprometidas a dar, sino que adelantaron lo que darían cuando esta específica obligación surgiera tras celebrar el negocio prometido. Cosa distinta es su incidencia en la ejecución de la obligación de hacer.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha precisado, de antaño, que

...las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues que unas y otras son completamente distintas. **La promesa de celebrar un contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido, obligación que es entonces de hacer y no de dar. Tratándose, como se trata, de la promesa de permutar inmuebles, los prometientes sólo se obligan a otorgar la correspondiente escritura mediante la cual se perfeccione la permutación prometida, dentro del plazo convenido o al cumplimiento de la condición pactada.** (se resalta; sent. de 25 de septiembre de 1979)

Y en otra ocasión, tras puntualizar que de las promesas de contrato sólo despunta, como obligación específica para las partes, la de comparecer a la celebración del contrato prometido, la misma Corte Suprema resaltó que,

Tratándose de la promesa de compraventa [lo que también vale decir respecto de la permuta] quiere decir que **los derechos y obligaciones que la promesa como tal encarna, no son los mismos que la compraventa genera, esto es, que la promesa no confiere al promitente vendedor título alguno al pago del precio, ni al promitente comprador título alguno a la entrega de la cosa, efectos que solamente originará la compraventa en cuanto sea celebrada, pero que no podrían ser subsumidos por la mera promesa** cuyo poder vinculatorio no va más allá de obligar mutua y recíprocamente a las partes a la celebración del contrato prometido (se resalta; G.J. XCIII, p. 114)

En igual sentido, ha señalado que:

“El contrato preparatorio, preliminar, promesa de contrato, precontrato (*pactum de contrahendo* o *pactum de ineiundo contractu*), en efecto, genera esencialmente (*essentialia negotia*), una prestación de hacer, su función es preparatoria e instrumental, proyecta y entraña la obligación de estipular en un futuro determinado otro contrato diferente en sus elementos, naturaleza, función y efectos.

No obstante, la *figura legis*, admite pactos expresos (*accidentalía negotia*) y en desarrollo de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes, nada se opone a la **ejecución anticipada de algunas prestaciones propias del contrato definitivo**, *verbi gratia*, tratándose de promesa de compraventa, en el tráfico jurídico negocial, es frecuente el pago anticipado de todo o una parte del precio y, también, es usual la entrega anticipada del bien (...).” (se resalta; sentencia de 30 de julio de 2019. Rad. 20050015401).

Por consiguiente, es evidente que la demanda de reconvención no podía prosperar, dado que el contrato de promesa no sirve de título para obtener el pago del saldo del precio de un contrato de permuta que no se ha celebrado. Con otras palabras, si la obligación de dar no ha nacido a la vida jurídica, porque la permuta exige escritura pública (CC, arts. 1955 y 1956), el juez no podía ordenarle al señor Prieto que satisficiera ese deber de prestación.

3. Por esa misma razón no era viable imponer condena al pago de la cláusula penal, reclamada, según los reconvinientes, por “el perjuicio que se nos ha generado por la falta de pago de dinero y ahora con la inscripción de la demanda...” (fl. 20, cdno. 2), precisamente porque si la obligación a la que accede la pena no ha germinado o despuntado para la ley, lo que impide exigir su cumplimiento, menos aún puede afirmarse que se causó la sanción. Al fin y al cabo, la cláusula penal tiene como propósito asegurar el cumplimiento de una obligación (CC, art. 1592), que si sólo surge del contrato de permuta, no cabe demandarse, ni esta ni aquella, del negocio jurídico preparatorio.

Pero, además, como la cláusula penal se presume compensatoria, al punto que “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal”, lo que tampoco puede hacer después de la mora, salvo que la pena se hubiere pactado para el evento del retardo o con una función de apremio (CC, art. 1594), no podía el juez imponer condena simultánea al pago del precio y de la sanción, porque al hacerlo, no sólo desconoció que la obligación asegurada sólo surgía del contrato de permuta, una vez perfeccionado, sino que terminó imponiendo un doble pago, dado que la multa se acordó “para cualquiera de los contratantes que incumplan total o parcialmente una o varias cláusulas de la presente promesa...” (cláusula 9ª, fl. 35, cdno, 2).

Es cierto que esa pena también asegura el cumplimiento de la obligación de hacer, que es la que, se insiste, surge del contrato de promesa. Pero como la señora Arias y el señor Fontecha pidieron el reconocimiento de aquella porque no se les pagó el saldo del precio, no puede la Sala, por motivo de

congruencia, abrirle paso so pretexto de la infracción del deber de celebrar el contrato prometido. No se olvide que, según el artículo 281, inciso 2º, del CGP, “no podrá condenarse al demandado (...) por causa diferente a la invocada” en la demanda.

Estas razones tornan innecesario el análisis de la excepción propuesta.

4. Luego se revocará la sentencia impugnada, en cuanto concedió las pretensiones de la demanda de reconvención y condenó en costas al demandante principal. En su lugar, se negarán las súplicas de ese libelo, sin condena en costas dado que no prosperó ninguna de las pretensiones esgrimidas por los contendientes en sus respectivas demandas.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **revoca** el párrafo segundo del numeral 1º y los numerales 2º y 3º de la sentencia de 30 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado 1º Civil del circuito de esta ciudad dentro de este proceso y, en su lugar, niega las pretensiones de la demanda de reconvención, sin imponer condena en costas a las partes, en ninguna de las instancias.

Se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE
DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

3caf4137c8dd23369d71505b8adc69db0d2903712759bc30b8f1a4606af26d60

Documento generado en 19/04/2021 01:10:34 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>